



**FACULTAD DE DERECHO**

**GRADO EN DERECHO**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

La cláusula del trato justo y equitativo en el  
Tratado sobre la Carta de Energía:  
Su interpretación en los arbitrajes contra  
Estados no miembros de la Unión Europea

Trabajo realizado por Dña. Ana Saldaña Manglano

Dirigido por D. Francisco José Pascual Vives y  
Dña. Laura Esperanza Aragonés Molina

Septiembre 2017

## RESUMEN O ABSTRACT

En el presente trabajo se llevará a cabo un estudio acerca de la interpretación de la cláusula del trato justo y equitativo del Tratado sobre la Carta de Energía en los arbitrajes de inversión iniciados contra Estados no miembros de la Unión Europea. En primer lugar, planteando la cuestión sobre si el Tratado sobre la Carta de la Energía introduce un régimen especial y autónomo en materia de protección de inversiones, a continuación, definiendo el concepto de trato justo y equitativo y llevando a cabo un análisis doctrinal y normativo. En segundo lugar, el trabajo se centrará en la interpretación jurisprudencial y aplicación del trato justo y equitativo de diversos tribunales de arbitraje Internacionales en relación a la obligación de la provisión de un marco legal estable y transparente, las expectativas legítimas, la prohibición a la denegación de justicia, y demás conceptos que se encuentran abarcados por el trato justo y equitativo.

In this project, a study will be carried out on the interpretation of the fair and equitable treatment clause of the Energy Charter Treaty in the arbitration of investment initiated against non-member States of the European Union. The study will be carried out by, firstly, raising the question of whether the Energy Charter Treaty introduces a special and autonomous regime for the protection of investments, then defining the concept of fair and equitable treatment and conducting a doctrinal and normative analysis. Secondly, the project focuses on the jurisprudential interpretation and the use of fair and equitable treatment of various International Arbitration Tribunals in relation to the obligation to provide a stable and transparent legal framework, legitimate expectations, the prohibition of denial of justice, and other concepts, which are covered by fair and equitable treatment.

**Palabras clave:** CIADI, Derecho internacional de las inversiones, trato justo y equitativo, inversiones extranjeras, denegación de justicia, expectativas legítimas, provisión de un marco legal estable y transparente.

**Key words:** ICSID, international investment law, fair and equitable treatment, foreign investments, denial of justice, legitimate expectations, provision of a stable and transparent legal framework.

<b><u>ÍNDICE Y CONTENIDO DEL TRABAJO</u></b>	<b>Pág.</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
<b>2. EL TRATADO SOBRE LA CARTA DE ENERGÍA: ¿UN RÉGIMEN AUTÓNOMO SOBRE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES?</b>	<b>7</b>
<b>3. EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA</b>	<b>9</b>
<b>3.1. Regulación del Trato Justo y Equitativo en el TCE: un concepto jurídico indeterminado</b>	<b>9</b>
<b>3.2. Definición de Trato Justo y Equitativo</b>	<b>10</b>
<b>3.3. Evolución en la precisión del concepto de Trato Justo y Equitativo: el acuerdo entre la UE y Canadá</b>	<b>14</b>
<b>4. APLICACIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN LA PRÁCTICA ARBITRAL</b>	<b>18</b>
<b>4.1. Provisión de un marco legal estable y transparente</b>	<b>22</b>
<b>4.2. Expectativas legítimas</b>	<b>25</b>
<b>4.3. Prohibición de la denegación de justicia</b>	<b>29</b>
<b>5. CONCLUSIONES</b>	<b>35</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>38</b>
<b>7. ANEXO JURISPRUDENCIAL, LEGISLATIVO, NORMATIVA INTERNACIONAL</b>	<b>39</b>

## **ABREVIATURAS:**

AECG	Acuerdo Económico y Comercial Global
APPRI	Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones
BM	Banco Mundial
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DDHH	Derechos Humanos
DI	Derecho Internacional
DIP	Derecho Internacional Público
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OOII	Organizaciones Internacionales
SCC	Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
STI	Sistema de Tribunales de Inversión
TCE	Tratado sobre la Carta de la Energía
TLCAN	El Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UE	Unión Europea

## 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional ha sufrido una larga evolución en la que se han dado importantes cambios. Inicialmente se limitaba a regular la diplomacia formal, en la actualidad, la gran mayoría de actividades internacionales se desarrollan en base al DI, esto ha producido una sectorialización en el DI. Durante esta evolución las actividades internacionales de los Estados se vieron incrementadas y como respuesta a nuevas necesidades, de manera gradual se incrementó también el ámbito de aplicación del DI. Después de la Segunda Guerra Mundial comenzó la reconstrucción del orden internacional, basado en la igualdad soberana de los Estados y en el principio de cooperación entre los Estados,<sup>1</sup> durante la cual se crearon diversas OOI como la ONU, el BM, el FMI, el GATT y más tarde, la OMC<sup>2</sup>. Fue entonces cuando se establecieron las bases sobre las que debe regirse el comercio internacional.<sup>3</sup>

Durante la evolución del DI de las inversiones ha surgido un nuevo orden económico.<sup>4</sup> Se trata de una reivindicación de los países en desarrollo social, político y cultural, a partir del establecimiento de una estructura en las relaciones económicas a nivel internacional más justas,<sup>5</sup> además, cabe destacar dentro del DI de las inversiones el fenómeno de la “mundialización” de los mercados,<sup>6</sup> basada en una potenciación de los intercambios económicos y las inversiones extranjeras,<sup>7</sup> desbordando el marco tradicional de las fronteras de los Estados.

El DI de las inversiones consagra el principio de libertad de elección de medio para el arreglo de las diferencias relativas a inversiones, además de permitir evitar someterse a los foros y los tribunales del Estado donde se realiza la inversión.<sup>8</sup> Suele admitirse

---

<sup>1</sup> Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 18º Ed, Madrid, 2013, p.729.

<sup>2</sup> Conferencia Económica y Financiera de las UN Celebrada en Breton Woods en 1944.

<sup>3</sup> Díez de Velasco, M., *op cit*, p. 731.

<sup>4</sup> Resolución 3201 (S-VI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1 de mayo de 1974, adoptada en el 6º periodo extraordinario de sesiones. Resolución 3.281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 1974 adoptada en el 29º periodo de sesiones.

<sup>5</sup> Pastor Riduejo, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 7º Ed, Madrid, 2016, p. 55.

<sup>6</sup> Gonzales Campos, J. D., *Curso de Derecho Internacional Público*. 4º Ed, Cizur Menor, 2008, pp. 102-103 y Díez de Velasco. M. 4º Ed, *op cit*, p. 731.

<sup>7</sup> Que pueden ser definidas como la transferencia de bienes materiales o inmateriales de un país a otro para su uso en ese país para generar riqueza bajo el control total o parcial del propietario de los activos, de acuerdo con Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, 2010, p 524.

<sup>8</sup> Jiménez Piernas, C., *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*. 1º Ed, Madrid, 2011, p 257.

el recurso de arbitraje conforme a las reglas de la CNUDMI,<sup>9</sup> o a las reglas del CIADI, así como del SCC.

En los últimos años se ha producido un aumento exponencial del arbitraje internacional.<sup>10</sup> En el DI de las inversiones el estándar de trato justo y equitativo es de gran importancia, pues aparece en la mayor parte de los tratados internacionales relacionados con la protección de las inversiones, además de ser invocado en la gran mayoría de los litigios relacionados con inversiones,<sup>11</sup> por estas razones se ha elegido el estudio sobre la interpretación de la cláusula del trato justo y equitativo en el TCE.

Se estudian únicamente las decisiones relativas a los Estados no miembros de la UE por indicación de los tutores, en atención a que otro trabajo fin de grado dirigido por ellos se encarga de estudiar de manera complementaria este mismo estándar en la práctica arbitral de los Estados miembros de la UE

El objeto principal del presente trabajo es estudiar la interpretación de los tribunales arbitrales acerca del concepto de trato justo y equitativo en el TCE. Con ello se pretende indagar si el TCE, al tratarse de un tratado multilateral de protección de las inversiones, puede considerarse un tratado con régimen especial y autónomo en materia de protección de las inversiones. En segundo lugar, se extraerán de la jurisprudencia arbitral los conceptos que abarca el trato justo y equitativo: provisión de un marco legal estable y transparente, expectativas legítimas y prohibición a la denegación de justicia, con el fin de analizar su alcance.

La estructura del presente trabajo está dividida en tres apartados fundamentales y dentro de estos, dividido en varios subapartados donde se desarrollan los puntos a tratar enumerados, seguido de las conclusiones extraídas del presente trabajo y finalizando el trabajo con el correspondiente anexo bibliográfico, jurisprudencial y normativo.

En cuanto a la metodología seguida, se ha llevado a cabo una investigación sobre el TCE desde una perspectiva general, centrándose a medida que avanza el trabajo en la

---

<sup>9</sup> Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1966, adoptada en el 21º periodo de sesiones.

<sup>10</sup> *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 226), de 18 de julio de 2014.

<sup>11</sup> SCHREUER, C., “Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral.” *Revista Internacional de arbitraje*, nº. 5 Jul.-Dic. 2006, p. 1.

interpretación de la práctica de los tribunales arbitrales acerca de la cláusula del trato justo y equitativo del TCE.

El primer paso fue la elección de las fuentes de conocimiento oficiales, como <http://www.encharter.org>, de donde se extrajeron las sentencias arbitrales y la normativa, y fuentes de conocimiento no oficiales, como artículos de investigación publicados en revistas especializadas. Posteriormente se llevó a cabo un análisis doctrinal sobre las diversas corrientes acerca del trato justo y equitativo, y se extrajeron las conclusiones sobre las opiniones de los tribunales acerca del mismo.

Se utilizó en el desarrollo del presente trabajo una combinación de la técnica empírico-inductiva, mediante el estudio de la legislación y la jurisprudencia, y lógico-deductiva, a través de las conclusiones obtenidas.

## **2. EL TRATADO SOBRE LA CARTA DE ENERGÍA: ¿UN RÉGIMEN AUTÓNOMO SOBRE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES?**

Su origen se remonta a principios de los años noventa, tras el fin de la Guerra Fría. Se trató de una iniciativa política europea. Se pretendía con ella la creación de una base común en el desarrollo de la cooperación energética entre los Estados de Eurasia, superando así las divisiones económicas que les habían precedido.

El principal objetivo de la Carta de la Energía es el reconocimiento de que todos los países pueden beneficiarse de un marco equilibrado para la cooperación en el sector energético.<sup>12</sup> De tal manera, los países con recursos naturales obtienen un medio para atraer inversiones, proteger sus intereses, y asegurar un transporte para las exportaciones de energía a los consumidores. Por otro lado, los países importadores de energía obtienen protección para sus inversiones en energía externa y mecanismos para promover la seguridad del suministro. Otro de los objetivos de la Carta es el fomento de la eficiencia de la producción y el uso de la energía y minimizar sus impactos ambientales.

---

<sup>12</sup> El artículo 2 del TCE regula el propósito del mismo “El presente Tratado establece un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta.”

El TCE se desarrolló sobre la base de la Carta de la Energía de 1991. Se trata de un instrumento multilateral jurídicamente vinculante, cuyo objetivo fundamental es reforzar el Estado de Derecho en materia energética, creando condiciones equitativas de normas que todos los gobiernos participantes deben respetar, mitigando los riesgos relacionados con la inversión con la creación de un marco estable y transparente, dado que en el sector energético los proyectos requieren de inversiones de elevado capital y los riesgos se evalúan a largo plazo. Se trata de un medio de protección del inversor extranjero frente a conductas discriminatorias, expropiaciones o incumplimientos contractuales por parte del Estado.

En la actualidad, el TCE ha sido ratificado por cincuenta y dos estados, la UE y EURATOM.<sup>13</sup> Cada uno de estos Estado miembro es libre de decidir cómo se desarrollan sus recursos energéticos nacionales, y también hasta qué punto su sector energético está abierto a inversores extranjeros.

En las disputas concernientes al TCE las partes no se encuentran obligadas a divulgar información sobre el progreso de los casos. En consecuencia, no toda la información relativa a los casos es de dominio público.<sup>14</sup> Ello puede dar lugar a una carencia de certeza con respecto a las decisiones tomadas por los tribunales arbitrales, pues su publicidad permite dar coherencia y uniformidad a estas decisiones.

La singularidad del TCE se basa en que es el primer acuerdo multilateral vinculante que abarca la promoción y protección de las inversiones extranjeras.<sup>15</sup>

Ello nos lleva a plantearnos si, al tratarse de un tratado multilateral, el TCE introduce un régimen especial y autónomo en materia de protección de inversiones, a

---

<sup>13</sup> En el caso *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic* (SCC Arbitration No. 126/2003), de 29 de marzo de 2005, la empresa inversora tenía sede en Gibraltar, por lo que surgió la duda de si Gibraltar está cubierto por el TCE, es decir, si existía un acuerdo de arbitraje válido cuando el acuerdo de inversión fue firmado entre las partes. Dado que el Tratado no hace mención a Gibraltar, se podría haber esperado que Gran Bretaña expresamente hubiera manifestado si no quería que Gibraltar estuviera cubierta por el Tratado, sin embargo, Gran Bretaña no se manifestó. Esta circunstancia confirma, según el tribunal de Apelación que evaluó el asunto, lo que también se revela en la investigación llevada a cabo; que Gran Bretaña no podría haber tenido tales intenciones; En cambio es probable que haya habido razones políticas para no mencionar expresamente Gibraltar en el documento de ratificación de 1998. El tribunal de Apelación constató, al igual que el tribunal arbitral, que la aplicación provisional del TCE sigue aplicándose a Gibraltar. Por lo tanto, existía un acuerdo de arbitraje válido cuando el acuerdo de gas fue firmado entre las partes y cuando Petrobart, empresa con inició el arbitraje.

<sup>14</sup> Disponible en <http://www.energycharter.org>. [Consultado a 24 de mayo de 2017]

<sup>15</sup> “It is the first binding multilateral agreement covering the promotion and protection of foreign investment” Lavorskyis, M., “Uniqueness of the Energy Charter Treaty’s Investment Regime, main features and cases”. LAP Lambert Academic Publishing, Saarbrücken, 2012, p. 3.



diferencia de los APPRIS que tienen naturaleza bilateral. En este trabajo nos aproximamos a esta cuestión de manera tangencial, al tratar el estándar del TCE.<sup>16</sup>

### **3. EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA**

#### **3.1. Regulación del Trato Justo y Equitativo en el TCE: un concepto jurídico indeterminado**

La regulación del trato justo y equitativo en el TCE se encuentra en el párrafo primero del artículo 10, apartado primero, en el que se establece lo siguiente:

“De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo.”

Se trata de un precepto muy general, en el que no se concreta el concepto de trato justo y equitativo, de manera que tiene un carácter amplio e interpretativo. De su texto se extrae que guarda relación con el fomento y la creación de unas condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para las inversiones. La última frase del artículo se refiere a una “cláusula paraguas” que obliga al Estado a cumplir con cualquier obligación que haya contraído con un inversor o una inversión de un inversor. En

---

<sup>16</sup> En el caso *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Rusia* (PCA Case No. AA 227) de 18 de julio de 2014. Rusia en 2005, los accionistas de Yukos Oil Corporation iniciaron un procedimiento de arbitraje contra Rusia debido a la expropiación realizada por esta última de sus activos por razones políticas, activos que transfirió a la compañía petrolera estatal Rosneft. Se trata de un caso que cabe mencionar debido su peculiaridad, Rusia firmó la TCE en 1994 pero no lo ratificó, y argumentó en el arbitraje que no estaba vinculada por la TCE. Sin embargo, el tribunal sostuvo que de conformidad con el artículo 45.3.b del tratado, las obligaciones relacionadas con las inversiones, incluidas las obligaciones de arbitrar los litigios relacionados con las inversiones, siguen vigentes durante un período de 20 años a partir de la fecha efectiva de la terminación de la aplicación provisional. Por lo que se consideró que Rusia no podía aplicar el TCE de forma fragmentaria y que, al firmar la ECT, estaba de acuerdo en que el Tratado en su conjunto que se aplicaría en espera de su entrada en vigor, a menos que el principio de aplicación provisional fuera incompatible con la legislación rusa, que como concluyó el tribunal no era incompatible. Finalmente, como fallo a la sentencia arbitral más larga hasta ahora, el tribunal estimó que la protección al inversor de acuerdo al TCE implicaba que Rusia, aún sin haber ratificado el Tratado, debía indemnizar a la empresa.

definitiva, el inversor puede alegar que el mismo comportamiento por parte del Estado anfitrión viola varias obligaciones enunciadas en el párrafo primero del artículo 10. Es por ello que es importante dilucidar el contenido y la relación entre estas obligaciones.

### 3.2. Definición de Trato Justo y Equitativo

La noción de trato justo y equitativo no está precisamente definida, no se encuentra una definición comúnmente aceptada, sino que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado muy amplio. Para dotar de una mayor precisión al concepto de trato justo y equitativo es necesario evaluar cada caso en concreto, a la luz del APPRI que le da cobertura. Los laudos arbitrales contribuyen a la aclaración de este concepto.<sup>17</sup>

En este sentido existe una confrontación entre la seguridad jurídica y la flexibilidad que proporciona el precepto, esta confrontación es más acentuada en los Estados de tradición romano-germánica en el cual las reglas rigen los supuestos de su aplicabilidad, en cambio, para los Estados que aplican el Derecho común no implica un problema de seguridad jurídica, pues optan por una mayor agilidad y adaptación de las normas al caso concreto.<sup>18</sup>

Algunos autores han argumentado que la vaguedad de los términos no es un inconveniente sino, por el contrario, “el secreto del éxito del concepto”:

“La ironía es, que la incertidumbre interpretativa sustancial inherente al significado del tratamiento que es injusta e irracional puede bien ser una de las razones de su exitosa aprobación”.<sup>19</sup>

En este sentido, se puede afirmar que esta vaguedad<sup>20</sup> en los términos proporciona una garantía de flexibilidad, tanto para los inversores como para el Estado receptor, en el

---

<sup>17</sup> Schreuer, C., *op cit*, p. 1.

<sup>18</sup> Aguilar Domínguez, A., “La Vaguedad del trato justo y equitativo: debió, debe y deberá ser intencionada”, *Revista Letras Jurídicas*, nº. 22, primavera 2016, p. 16.

<sup>19</sup> “Some authors have argued that the vagueness of the terms is not an inconvenience but, on the contrary, the secret of the success of the concept: The irony is that the substantial interpretative uncertainty inherent in the meaning of treatment that is unfair and unreasonable may well be one of the reasons for its successful adoption.” *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015 Párr. 600.

<sup>20</sup> Entendiendo vaguedad como aquellos casos en que se dan situaciones marginales, límites o limítrofes para su aplicación, en palabras de Mark Sanbury “Una palabra vaga admite casos marginales, casos en los

sentido de que se puede adaptar en el contenido de la norma a circunstancias que no habían sido previstas a la hora de suscribir el APPRI, implicando una mayor protección en la inversión.

La razón por la que se opta por la vaguedad es debido a que en la esfera jurídica que se pretende regular, es imposible predecir todos los supuestos individuales que se materialicen con posterioridad; de esta manera la justicia y la equidad se aseguran en numerosos supuestos de manera *ex post facto*, al tratarse de hechos que no habían sido anticipados, el estándar goza de un carácter regresivo.<sup>21</sup>

Es usual encontrarse con casos en que ambos, el inversor y el Estado tienen una percepción diferente acerca del trato justo y equitativo, que viene mayormente determinada por el grado de desarrollo de los Estados intervinientes, diferencias jurídicas internas o arraigos culturales. Por consiguiente, los hechos que algunos inversores denuncian como vulneración del trato justo y equitativo, para el Estado puede parecer una situación normalizada en ese ámbito. En estas situaciones de supuesta indefensión del inversor extranjero, el tribunal debe desarrollar *grosso modo* el alcance y las limitaciones del trato justo y equitativo para dotarlo de un significado que pueda ser aplicado al caso en concreto.

Existen dos corrientes doctrinales acerca de la relación entre el trato justo y equitativo previsto en el párrafo primero del artículo 10 del TCE y el DI consuetudinario. El primer enfoque se considera el punto de vista tradicional, que entiende el trato justo y equitativo como parte del principio de trato mínimo internacional, considerando este estándar como un referente del DI consuetudinario. Establece un conjunto mínimo de principios y leyes establecidas por el DI que los Estados deben extender a los inversores extranjeros, independientemente de su legislación y prácticas nacionales e independientemente del trato otorgado a sus propios ciudadanos.<sup>22</sup> En definitiva, esta corriente establece el trato a los inversores, estableciendo la norma mínima que se espera del Estado de acogida, por lo que se espera que el Estado no limite la norma mínima, que sería el trato justo y equitativo, que se concede a los nacionales del Estado de acogida.<sup>23</sup>

---

cuales no sabemos si se aplica la norma o no, aun cuando tengamos toda la información que normalmente consideraríamos para decidir el asunto.” Aguilar Domínguez, A., *op. Cit.*, p. 6.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 7 y ss.

<sup>22</sup> Klein Bronfman, M., “Fair and equitable treatment: an evolving standard”. *Estudios internacionales*, vol. 38 n°. 150, julio 2005, p. 4.

<sup>23</sup> “The international minimum standard is regarded as a benchmark of customary international law which regulates the treatment of investors, by laying down the minimum standard that is expected of the host State

Este estándar ya había sido reconocido por Vattel en el siglo XVIII y fue referencia durante los siglos XIX y XX. El caso *Neer* de 1926 establece el contenido, así como el umbral para reconocer una violación de esta norma. A partir del siglo XX, la existencia del principio de trato mínimo internacional fue cuestionada por los países latinoamericanos y otros países en desarrollo que en su lugar reivindicaban el trato nacional. A lo largo de la Segunda Guerra Mundial, la importancia de esta norma como norma autónoma del DI consuetudinario ha persistido sólo en la medida de la protección de la propiedad extranjera y de las inversiones en su relación con el trato justo y equitativo.<sup>24</sup>

El segundo enfoque es más moderno e identifica el trato justo y equitativo como un estándar independiente. Entiende que el término de trato justo y equitativo, desarrollado en la vía convencional mediante los APPRI y el TCE, contempla comportamientos que van más allá de la norma mínima y protegen en mayor medida. F.A. Mann fue precursor de una interpretación más liberal, cuyo enfoque autónomo consiste en considerar el trato justo y equitativo como una obligación de primordial importancia siendo más amplia que la prohibición de un trato arbitrario, discriminatorio o abusivo.<sup>25</sup> Esta corriente entiende que es más sencillo confiar en el significado general concedido a una palabra que determinar qué normas especiales de DI consuetudinario son equivalentes a la norma de trato justo y equitativo.<sup>26</sup> De acuerdo a este enfoque, debemos tener en cuenta las reglas internacionales de interpretación y la intención de las partes. La equiparación del trato justo y equitativo con el principio de trato mínimo en el DI consuetudinario está reduciendo la protección a los elementos básicos de la norma internacional.<sup>27</sup> La doctrina partidaria de este enfoque entiende que un tribunal no estaría

---

irrespective of the domestic laws and regulation. What this means is that the host State would be expected not to go below the minimum standard that is accorded to the nationals of the host State.” Lawal Oluwaseun, S., “Variability off air and equitable treatment standard according to the level of development, governance capacity and resources of host countries”. *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 9 n°. 4, 2014, pp. 231 y ss.

<sup>24</sup> Klein Bronfman., M., *op cit*, p. 4.

<sup>25</sup> Jadeau, F. and Gélinas, F., “CETA’s Definition of fair and equitable treatment standard: Toward a guided and constrained interpretation”. *Transnational Dispute Management*, vol. 13, issue 1, March 2016, pp. 3 y ss.

<sup>26</sup> “It seems much easier to rely on the general meaning granted to a word than to determine what special standards of customary international law are equivalent to the fair and equitable treatment standard”. Klein Bronfman, M., *op cit*, pp. 8 y ss.

<sup>27</sup> “We must take into account international rules of interpretation, the intent of the parties, all of which leads us to realize that plain-meaning approach must be applied”. “Equating the standard with the minimum standard of customary international law is lowering the protection to the most basic elements of customary international law”. Klein Bronfman, M., *op cit*, p. 11.

interesado en un estándar mínimo, máximo o promedio, sino que tendría que decidir si en todas las circunstancias la conducta en cuestión es justa y equitativa o injusta e inequitativa. Los términos deben entenderse y aplicarse de forma independiente y autónoma, caso por caso, en virtud del tenor de cada APPRI.<sup>28</sup>

En este sentido Cremades y Cairns señalaron que “El contenido del Derecho a un trato justo y equitativo constituye una cuestión controvertida en el arbitraje inversor-Estado en la actualidad. Una opinión, recientemente apoyada por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, consiste en que un trato justo y equitativo se considera equivalente al criterio mínimo de protección a extranjeros en el Derecho Internacional Consuetudinario. El punto de vista alternativo es que un trato justo y equitativo constituye un criterio independiente y de contenido propio.”<sup>29</sup>

En el caso *Liman Caspian Oil y otros v. Kazajistán*, el tribunal hace mención al alcance del estándar de protección y seguridad más constante en el artículo 10 (1) del TCE. Hace hincapié en este punto en que no es un órgano de apelación sobre el derecho nacional, ni tampoco es un foro para resolver controversias contractuales. En lo que respecta al estándar de protección y seguridad más constante, el tribunal sostiene que esta disposición, que debe tener un significado más allá de la norma de trato justo y equitativo, constituye una norma que no se extiende a ningún derecho contractual sino cuyo propósito es más bien proteger la integridad de una inversión contra la interferencia por el uso de la fuerza y particularmente el daño físico.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> De acuerdo a uno de los defensores de esta corriente, F.A. Mann “The terms “fair and equitable treatment” envisage conduct which goes beyond the minimum standard and afford protection to a greater extent and according to a much more objective standard than any previously employed form of words. A tribunal would not be concerned with a minimum, maximum or average standard. It will have to decide whether in all circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable. No standard defined by other words is likely to be material. The terms are to be understood and applied independently and autonomously.” Lawal Oluwaseun, S., *op cit*, p. 232.

<sup>29</sup> Cremades, B y Cairns, D., “La Seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los tratados” *Revista internacional de Arbitraje*, 2004, p. 89.

<sup>30</sup> *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/07/14) Párr. 389 y 390 “The Tribunal emphasizes again at this point that it is not an appellate body on national law, neither is it a forum to resolve contractual disputes. With regard to the standard of most constant protection and security, the Tribunal holds that this provision, which must have a meaning beyond, and distinct from, the standard of fair and equitable treatment, provides a standard which does not extend to any contractual rights but whose purpose is rather to protect the integrity of an investment against interference by the use of force and particularly physical damage.”

Las acciones impugnadas en el presente caso no implicaron tal interferencia y, por lo tanto, no están cubiertas por esta norma adicional. Al considerar que la publicación sólo en lengua rusa es una publicación oficial y por lo tanto no violó el estándar de trato justo y equitativo conforme a la segunda frase del párrafo 1 del artículo 10 del TCE.

De modo que, de acuerdo al tribunal en el mencionado caso, se considera que la finalidad de la segunda frase del párrafo primero del artículo 10 del TCE es la de proporcionar una protección que vaya más allá del estándar mínimo de trato en virtud del DI. El TCE tenía la intención de ir más allá de simplemente reiterar la protección ofrecida por este último. A este respecto, la segunda frase del párrafo primero del artículo 10 del TCE difiere del artículo 1105 del TLCAN<sup>31</sup>, que contiene una referencia expresa al DI, por lo tanto, al evaluar las acciones de los inversores, se debe identificar y aplicar un estándar específico de justicia y equidad por encima de la norma mínima en la aplicación del TCE.<sup>32</sup>

### **3.3. Evolución en la precisión del concepto de Trato Justo y Equitativo: el acuerdo entre la UE y Canadá**

Es preciso destacar una serie de diferencias y/o progresos que se han dado en los acuerdos de inversión estos últimos años, pues la tendencia es hacia una mayor concreción y desarrollo del trato justo y equitativo, un buen ejemplo de este progreso es el AECG<sup>33</sup>. Cuyo principal objetivo es la liberalización del comercio entre Canadá y la UE. Si bien es un acuerdo distinto al TCE, es relevante mencionarlo en el presente trabajo, pues demuestra una clara evolución en la precisión del trato justo y equitativo.

Ante una ausencia de definición precisa sobre el trato justo y equitativo, los árbitros tenían la obligación de interpretar este concepto y de aclarar sus límites e identificar su contenido. Canadá y la UE analizaron los riesgos sobre la imprecisión del trato justo y equitativo, que, al ser interpretado ampliamente, aumentaba las obligaciones de los Estados hacia los inversores extranjeros, además con la intención de reducir el

---

<sup>31</sup> Tratado de libre comercio de América del Norte. En su interpretación dada por la Comisión de Libre Comercio el 31 de julio de 2001. Art. 1105 “Artículo 1105: Nivel mínimo de trato. 1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas [...]”.

<sup>32</sup> *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/07/14) de 22 de junio de 2010. Párr. 263 “Taking into account the above contentions of the Parties, the Tribunal considers that the purpose of ECT Article 10(1), second sentence, is to provide a protection which goes beyond the minimum standard of treatment under international law. The ECT was intended to go further than simply reiterating the protection offered by the latter. In this respect, ECT Article 10(1), second sentence, differs from NAFTA Article 1105 (in its interpretation given by the Free Trade Commission on 31 July 2001) which contains an express reference to international law. Therefore, when assessing Respondent’s actions, a specific standard of fairness and equitableness above the minimum standard must be identified and applied for the application of the ECT.”

<sup>33</sup> También conocido por sus siglas en inglés como CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement).

creciente número de solicitudes de arbitraje en relación a la interpretación del trato justo y equitativo, Canadá y la UE decidieron definir esta norma con mayor claridad en el AECG.<sup>34</sup>

En el artículo 8, apartado 10 de su texto, se encuentra la regulación del trato de los inversores y de las inversiones cubiertas, en el que se establece de una forma extensa y detallada el alcance del trato justo y equitativo:

“1. Cada Parte concederá, en su territorio, a las inversiones cubiertas de la otra Parte y a los inversores, con respecto a sus inversiones cubiertas, un trato justo y equitativo, y plena protección y seguridad, de conformidad con los apartados 2 a 7.

2. Una Parte incumplirá la obligación de trato justo y equitativo a la que se hace referencia en el apartado 1 en caso de que, una medida o una serie de medidas constituya:

a) una denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos;

b) un incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos;

c) una arbitrariedad manifiesta;

d) una discriminación específica por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas; EU/CA/es 103 e) un trato abusivo (coacción, intimidación, acoso, etc.) a los inversores; o

f) una infracción de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptado por las Partes de conformidad con el apartado 3 del presente artículo.

3. Las Partes revisarán periódicamente, previa petición de una de ellas, el contenido de la obligación de dar un Trato Equitativo y Justo. El Comité de Servicios e Inversión, creado de conformidad con el artículo 26.2.1.b)

---

<sup>34</sup> Jadeau, F.y Gélinas, F., *op cit*, pp 2 y ss.

(Comités especializados), podrá formular recomendaciones al respecto y presentarlas al Comité Mixto del AECG para que adopte una decisión.

4. Cuando se aplique la obligación de trato justo y equitativo antes mencionada, el tribunal podrá tener en cuenta si una Parte se había dirigido específicamente a un inversor para inducirle a realizar una inversión cubierta, creando expectativas legítimas en las que se basó el inversor a la hora de decidir realizar o mantener una inversión cubierta, y posteriormente la Parte en cuestión frustró tales expectativas.

5. Para mayor seguridad, por «plena protección y seguridad» se entienden las obligaciones de una Parte en relación con la seguridad física de los inversores y las inversiones cubiertas.

6. Para mayor seguridad, una infracción de otra disposición del presente Acuerdo, o de un acuerdo internacional distinto, no supone que se haya producido una infracción del presente artículo.

7. Para mayor seguridad, el hecho de que una medida infrinja el Derecho interno no supone, por sí solo, que se haya producido una infracción del presente artículo. Para determinar si la medida infringe el presente artículo, el tribunal deberá tener en cuenta si una de las Partes ha actuado de forma incompatible con las obligaciones establecidas en el apartado 1.”<sup>35</sup>

A diferencia de en el TCE, el AECG delimita en qué circunstancias se produce un trato justo y equitativo<sup>36</sup>, por lo que se acota de manera significativa el concepto, además al existir esta “lista blanca” en la cual las partes pueden apoyarse, se facilita de manera significativa la detección de una vulneración del trato justo y equitativo. De esta forma los precedentes juegan un papel menos decisivo a la hora de evaluar un caso, pues se cuenta con una mayor seguridad jurídica proporcionada por la norma, que con precisión describe los supuestos acoplables al trato justo y equitativo. Estos supuestos enumerados en la norma, coinciden con los supuestos que más se manifiestan los casos relativos a inversiones extranjeras.

---

<sup>35</sup> Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, Estrasburgo, 5/7/2016 COM, 2016, 470 final.

<sup>36</sup> Establecido en el AECG, artículo 8.10 apartado 2°.



El esfuerzo para aclarar la redacción del trato justo y equitativo en el AECG parece crear una mejor base para circunscribir la interpretación de esta norma. Evita al menos una definición por referencia al DI consuetudinario que es parte de la razón de la falta de precisión.<sup>37</sup>

En el artículo 8, apartado 44 del AECG, se regulan las funciones del Comité de Servicios e Inversión con respecto al Trato Justo y Equitativo:

“1. El Comité de Servicios e Inversión proporcionará un foro para que las Partes consulten sobre cuestiones relacionadas con el presente capítulo.

El Comité de Servicios e Inversión podrá, previo acuerdo entre las Partes y tras la finalización de sus respectivos requisitos y procedimientos internos, recomendar al Comité Mixto del AECG que adopte cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo con arreglo al artículo 8.10.3”

En cuanto a la resolución de litigios, el AECG incluye un nuevo mecanismo denominado Sistema de Tribunales de Inversiones<sup>38</sup> Este sistema será público, sus audiencias serán públicas y se llevará a cabo la publicación de los documentos presentados durante la tramitación de los casos. Ello equivale a una mayor transparencia<sup>39</sup> en los litigios de inversiones. Además, no se basará en tribunales *ad hoc* como sucede en el caso del TCE.

El principal objetivo en la redacción del AECG fue aclarar con el fin de guiar y restringir la interpretación el trato justo y equitativo, el esfuerzo por definirlo, en forma de una lista precisa, apuntaba a aclarar los comportamientos de los Estados que constituirían una violación del trato justo y equitativo. Esta búsqueda de estabilidad en la legislación por parte de la UE y Canadá no se limita sólo al trato justo y equitativo, el

---

<sup>37</sup> Jadeau F. and Gélinas F., *op cit*, pp. 10-11.

<sup>38</sup> También conocido por sus siglas STI.

<sup>39</sup> Transparencia, se ha definido como “la ausencia de confidencialidad o la confidencialidad limitada” y es además entendida como principio fundamental en la práctica del arbitraje de inversión, así, por ejemplo, se ha entendido en legislaciones como la australiana y en el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversores y Estados en el Marco de un Tratado. De igual manera la publicación de los laudos se ha entendido como consecuencia de la noción de transparencia. De acuerdo con Romero Eduardo, S., “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”. *Lima Arbitration*, n° 5, 2012/2013, pp. 35-55.

objetivo de la precisión impregna la totalidad del texto. Esta nueva práctica convencional se caracteriza por disposiciones que dan mayor orientación a los intérpretes.<sup>40</sup>

#### **4. APLICACIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN LA PRÁCTICA ARBITRAL**

A la hora de la aplicación del trato justo y equitativo, los precedentes jurisdiccionales son una fuente auxiliar en las fuentes del DIP, que sirven de inspiración y facilitan la tarea a los tribunales arbitrales. No obstante, en el DI de las inversiones existe un problema de falta de jurisprudencia constante y uniforme, junto con la escasa publicación de los laudos, que hace que las resoluciones de los casos se realicen de manera casuística, planteando así problemas de seguridad jurídica. Esta situación de incerteza jurídica se reduce en el ámbito del TCE, puesto que se trata de un tratado multilateral de inversiones. En teoría, por tanto, los tribunales arbitrales deberían resolver de manera uniforme la interpretación del trato justo y equitativo.

El tribunal está obligado a interpretar y aplicar el tratado de buena fe, de conformidad con el sentido corriente que debe darse a los términos del tratado en su contexto adecuado y a la luz del objeto y fin del tratado, de conformidad con el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados.<sup>41</sup>

Habida cuenta de la amplitud de los términos “justo” y “equitativo”, de su contexto en el TCE y del objeto y fin del mismo y de la escasa información que proporcionan acerca de su extensión y contenido, el tribunal en el caso *Anatolie Stati, Gabriel Stati y otros v. Kazajistán*,<sup>42</sup> con el propósito de interpretar el trato justo y equitativo en el TCE se basó en los artículos 31 y 32 del CVDT<sup>43</sup>, el cual proporciona tal guía:

---

<sup>40</sup> “Clarifying in order to guide and constrain interpretation: this was the principal objective of the drafters of CETA. The effort to define FET, in the form of a precise list, aimed to clarify the behaviours of states that would constitute a violation of FET. This search for stability in the law on the part of the EU and Canada is not limited only to FET. The goal of precision permeates the entirety of the text. The new treaty practice of the EU, symbolized by CETA, is characterized by provisions giving greater direction to interpreters.” Jadeau F. y Gélinas F., *op cit*, p. 13.

<sup>41</sup> Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969/CVDT (BOE, 13 de junio de 1980)

<sup>42</sup> *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. Terra RafTrans Trading LTD. v. Republic of Kazakhstan* (SCC Arbitration V. 116/2010) de 19 de diciembre de 2013.

<sup>43</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969) Arts. 31 y 32: “Art. 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido

“•Art. 31.1 requiere una interpretación de una disposición del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito,

- Art. 31.2 requiere una interpretación del propósito de un tratado incluyendo su preámbulo y anexos, y

- Art. 32 permite recurrir a medios complementarios de interpretación.”<sup>44</sup>

En este último contexto, el tribunal puede tener en cuenta que el principio de trato justo y equitativo ha sido interpretado y aplicado en virtud del DI por numerosos tribunales internacionales de inversión, creando así un precedente que añade significado específico y contenido a la norma. Empero, la aplicación del principio sólo puede ser específica para cada caso, es decir casuística, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas específicas del presente caso, y que éstas deben ser evaluadas de manera casuística a la luz del contexto jurídico del TCE<sup>45</sup>.

La jurisprudencia ha confirmado que, si bien el párrafo primero del artículo diez del TCE sólo prohíbe expresamente las “medidas irrazonables o discriminatorias”, las medidas “irrazonables” tienen el mismo significado que las conductas “arbitrarias” y violan de manera similar el estándar de trato justo y equitativo.<sup>46</sup>

En un primer paso para la evaluación del principio de trato justo y equitativo, el tribunal en el caso *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Albania* afirma que la vaguedad de los términos no da derecho a que los tribunales creen un nuevo

---

corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

Art. 32 Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”

<sup>44</sup> “Art. 31.1 requires an interpretation of a treaty provision in their context and in the light of its object and purpose, Art. 31.2 requires an interpretation of the purpose of a treaty including its preamble and annexes, and Art. 32 allows recourse to supplementary means of interpretation.” *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. Terra Raf Trans Traiding LTD. v. Republic of Kazakhstan* (SCC Arbitration V. 116/2010) de 19 de diciembre de 2013, párr. 942.

<sup>45</sup> *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. Terra Raf Trans Traiding LTD. v. Republic of Kazakhstan* (SCC Arbitration V. 116/2010) de 19 de diciembre de 2013, párr. 943.

<sup>46</sup> *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 226) de 18 de julio de 2014.

estándar de Derecho Internacional sin tener en cuenta los términos de los tratados aplicables, por genéricos que sean.<sup>47</sup>

La gran mayoría de inversores en los casos que nos ocupan denuncian una ausencia de estabilidad, predictibilidad, certeza y coherencia del marco jurídico, discriminación o conductas arbitrarias, mala fe, falta de transparencia, denegación de justicia o un proceso sin las garantías debidas o ausencia de protección en la confianza legítima entre otros.

Todos estos parámetros mencionados se engloban para determinar la existencia de una vulneración del trato justo y equitativo, en definitiva, se deben analizar los siguientes componentes: la provisión de un marco legal estable y transparente, es decir, ausencia de una administración arbitraria y/o negligente e insuficiencia de acción, las expectativas legítimas del inversor, denegación de justicia que se traduce en la falta de proporcionar el debido proceso en la toma de decisiones administrativas y por último, inconsistencia en las relaciones de un Estado con un inversor extranjero, es decir, el nivel mínimo de tratamiento del DI consuetudinario.<sup>48</sup>

Los casos se han desarrollado como reacción al hecho de que los términos “justo” y “equitativo” son genéricos y vagos. No ofrecen una orientación directa a su solicitud y deben ser interpretados para ajustarse a las circunstancias de cada disputa en particular. Tiene sentido clasificarlos de esta manera, ya que parece evidente que la falta de estabilidad y transparencia del marco jurídico, la frustración de las expectativas legítimas, el ejercicio de presiones indebidas o la denegación de justicia pueden considerarse injustas e inequitativas, sin embargo, es importante tener en cuenta que la clasificación no exonera al tribunal de su deber de determinar si, una inestabilidad dada es al mismo tiempo injusta e inequívoca.<sup>49</sup> En este sentido, se entiende que, en el supuesto de darse

---

<sup>47</sup> “In a first step to its assessment of the fair and equitable standard, and in light of the controversial debate among tribunals, the Tribunal affirms that the vagueness of the terms does not entitle tribunals to create a new standard of international law in disregard of the terms of the applicable treaties, generic as they may be.” *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015, párr. 610.

<sup>48</sup> *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia* (ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15) de 3 de marzo de 2010, párr. 410.

<sup>49</sup> “The classes of cases have developed in reaction to the fact that the terms “fair” and “equitable” are generic and vague. They offer no straightforward guidance to their application and must be interpreted to fit the circumstances of each particular dispute. It makes sense to classify them in this way since it seems evident that a lack of stability and transparency of the legal framework, the frustration of legitimate expectations, the exercise of undue pressure or a denial of justice may be considered unfair and unequitable. Still, it is important to keep in mind that the classification does not exonerate the Tribunal from its duty to determine whether, for instance, a given instability is at the same time unfair and unequitable.” *Mamidoil*

un caso, por ejemplo, de una denegación de justicia, el tribunal deberá identificar esta denegación de justicia y además evaluarlo como una violación al trato justo y equitativo.

De los doce casos analizados contra Estados no miembros de la UE en los que se alega una supuesta violación del trato justo y equitativo, únicamente en cinco de ellos el tribunal establece que existe una vulneración del mismo.<sup>50</sup>

**Tabla. 1. Relación de los casos estudiados**

Nombre del caso	Fecha de decisión	Interpretación del estándar	Resultado del caso
<b><i>Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania</i></b> (ICSID Case No. ARB/11/24)	20 de marzo de 2015	Provisión de un marco legal estable y transparente, expectativas legítimas, denegación de justicia.	Favorable al Estado
<i>Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia</i> (ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15)	3 de marzo de 2010	Expectativas legítimas, denegación de justicia	Favorable al inversor
<i>Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. Terra Raf Trans Trading LTD. v. Republic of Kazakhstan</i> (SCC Arbitration V. 116/2010)	19 de diciembre de 2013	Expectativas legítimas	Favorable al inversor
<i>Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan</i> (ICSID Case No. ARB/07/14)	22 de junio de 2010	Denegación de justicia	Favorable al Estado
<i>Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic</i> (SCC Arbitration No. 126/2003)	29 de marzo de 2005.	Denegación de justicia	Favorable al inversor

*Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015, párr. 599.

<sup>50</sup> Cabe mencionar que en tres de los diez casos restantes en que no se produce violación del trato justo y equitativo, relativos a Rusia, (*Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 226) de 18 de julio de 2014; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 227) de 18 de julio de 2014; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 228) de 18 de julio de 2014) el Tribunal establece que Rusia incumple las obligaciones contraídas en virtud del artículo 13 del TCE. Habiendo considerado al demandado responsable en virtud del DI por incumplimiento del artículo 13 del TCE, el Tribunal no necesita examinar si los actos del Demandado violan también el artículo 10 del Tratado, por lo que el Tribunal no entra a valorar la violación o no del trato justo y equitativo. “It follows that Respondent stands in breach of its treaty obligations under Article 13 of the ECT. Accordingly, Respondent’s liability under international law for breach of treaty is established. The Tribunal reaches this conclusion based on its consideration of the totality of the extensive evidence before it. Having found Respondent liable under international law for breach of Article 13 of the ECT, the Tribunal does not need to consider whether Respondent’s actions are also in breach of Article 10 of the Treaty.” Párr. 1585.

<i>Energoalians TOB v. Republic of Moldova (UNCITRAL)</i>	23 de octubre de 2013.	Denegación de justicia Provisión de un marco legal estable y transparente	Favorable al inversor
<i>Khan Resources Inc. Khan Resources B.V. CAUC Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia (PCA Case No. 20/09)</i>	3 de marzo de 2015	Denegación de justiciar, Provisión de un marco legal estable y transparente	Favorable al inversor
<i>Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 226)</i>	18 de julio de 2014	Denegación de justicia. Al existir violación del Art. 13 TCE el tribunal no decide sobre la violación del trato justo y equitativo	Favorable al inversor
<i>Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227)</i>	18 de julio de 2014	Denegación de justicia. Al existir violación del Art. 13 TCE el tribunal no decide sobre la violación del trato justo y equitativo	Favorable al inversor
<i>Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 228)</i>	18 de julio de 2014	Denegación de justiciar. Al existir violación del Art. 13 TCE el tribunal no decide sobre la violación del trato justo y equitativo	Favorable al inversor
<i>Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/08/13)</i>	16 de julio de 2012	Expectativas legítimas	Favorable al Estado
<i>Limited Liability Company Amto v. Ukraine (SCC Case No. 080/2005)</i>	26 de marzo de 2008	Denegación de justicia	Favorable al Estado

#### 4.1. Provisión de un marco legal estable y transparente

El propósito principal de los tratados de protección de inversiones, como se ha visto anteriormente, es promover y proteger las inversiones internacionales. Este propósito deriva en la obligación de los Estados a proporcionar un marco legal estable y transparente, es decir, a perseguir una conducta favorable a la protección y promoción del inversor extranjero y de su inversión.

El tribunal en el caso *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* clarifica de manera minuciosa qué se debe entender por la provisión de un marco legal estable y transparente a la luz del TCE.

Primeramente, el estándar está orientado a la previsibilidad del sistema jurídico y al debido proceso,<sup>51</sup> ello implica que el inversor tiene derecho a conocer previamente todas aquellas leyes y regulaciones que vayan a regir las inversiones, para poder anticiparse a planificar las inversiones, no obstante, ello no impide reformas pertinentes en la legislación estatal, además, se espera del Estado de acogida una coherencia en la toma de decisiones administrativas, como puedan ser la concesión de licencias.

Las circunstancias y los problemas económicos, sociales, ambientales y legales son, por su propia naturaleza, dinámicos y vinculados a un cambio constante. Es indispensable que exista una infraestructura pública y servicios públicos exitosos que sean adaptables a estos cambios, en consecuencia, la política del Estado debe poder evolucionar para garantizar una infraestructura y servicios adecuados en el tiempo y con ello garantizar el trato justo y equitativo en las inversiones. El marco legal no es una excepción,<sup>52</sup> por consiguiente, un marco legal está por definición sujeto a cambios, debido a que debe adaptarse a nuevas circunstancias, y es una función del Estado mediante su Derecho soberano de ejercer sus poderes, incluyendo las funciones legislativas. De acuerdo a lo expuesto, el tribunal considera que los cambios normativos y reglamentarios no infringen la obligación de proporcionar estabilidad del marco jurídico.<sup>53</sup>

En este sentido, la obligación del Estado de ofrecer un marco legal estable y transparente debe ser ponderado con el mencionado Derecho soberano del Estado a aprobar legislación y adoptar decisiones de protección de sus intereses públicos, especialmente si ello no provoca un impacto desproporcionado en los inversores

---

<sup>51</sup>*Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015, párr. 613. En este mismo sentido se pronunció el tribunal en el caso *Energolians TOB v. Republic of Moldova* de 23 de octubre de 2013, párr. 307 afirmando que por condiciones estables se entiende condiciones predecibles.

<sup>52</sup> “Economic, social, environmental and legal circumstances and problems are by their nature dynamic and bound to constant change. It is indispensable for successful public infrastructure and public services to exist that they are adaptable to these changes. Accordingly, State policy must be able to evolve in order to guarantee adequate infrastructure and services in time and thereby the fair and equitable treatment of investments. The legal framework makes no exception”. *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015, párr. 617.

<sup>53</sup> Por estas razones, el tribunal negó la presunta violación de la obligación de proporcionar un marco legal estable y transparente cuando Albania cambió el Plan de Uso del Puerto de Durrës en 2000 y prohibió a los petroleros atracar y descargar en el puerto en 2009. El tribunal no descarta los errores en la administración albanesa y la consiguiente falta de comunicación. Sin embargo, no estima que constituyan una violación del requisito de un marco legal estable y transparente en el contexto de la expedición de licencias y permisos, Debido a que los textos legales eran estables y transparentes. Párr. 662 y ss.

extranjeros,<sup>54</sup> si bien, la herencia del pasado<sup>55</sup>, así como las necesidades del presente y del futuro, deben tenerse en cuenta al determinar la obligación de proporcionar un marco legal estable y transparente a los inversores extranjeros. Ello abre el debate sobre si el estándar de trato justo y equitativo debe variar en función del nivel de desarrollo, capacidad de gobierno o de recursos en el Estado de acogida.

El Tribunal establece que el trato justo y equitativo debe proteger a los inversores de cambios desproporcionados e inapropiados en la legislación por parte del Estado. El inversor debe confiar en la estabilidad y transparencia del marco legal. Sin embargo, la evaluación de las circunstancias también recae sobre el inversor. La confianza requiere una diligente investigación e información acerca de las eventualidades que puedan influir en su inversión.<sup>56</sup> El inversor debe comprender el contenido y el contexto de la ley, así como la práctica administrativa, en otras palabras, el deber debe incumbir tanto al Estado como al inversor, así pues, el trato justo y equitativo no puede proporcionarse de manera apropiada sin una evaluación adecuada y equilibrada de la conducta de ambas partes, el Estado de acogida y el inversor extranjero.

En síntesis, las obligaciones de los Estados en virtud de los tratados de protección de las inversiones no pueden evaluarse únicamente con miras a la protección de los derechos de los inversores extranjeros. La norma justa y equitativa introduce a los inversores extranjeros en el ámbito normativo de la política racional en interés general, no pretende favorecer los intereses de los inversores sobre otros intereses económicos y sociales del Estado de acogida.

---

<sup>54</sup> “State’s obligation to offer a stable and predictable legal framework must be balanced against other legally relevant interests such “as the State’s sovereign right to pass legislation and to adopt decisions for the protection of its public interests, especially if they do not provoke a disproportionate impact on foreign investors” Párr. 619.

<sup>55</sup> En el caso en cuestión, Albania acababa de superar un régimen comunista represivo y aislacionista, en el que se había destruido el Estado de Derecho y donde la protección ambiental y social era irrelevante. Además, Albania había sufrido una grave crisis económica y financiera, lo que le llevó al borde del colapso total de sus estructuras estatales, incluso precisando de intervención de tropas extranjeras. El inversor conocía la situación de transición que sufría el Estado, que iniciaba a proporcionar una infraestructura estable para los inversores privados, tanto nacionales como internacionales.

<sup>56</sup> “The tribunal concurs with these findings. They reflect the specificities of the fair and equitable standard, which protects investors against a certain conduct, namely unacceptable and inappropriate changes of conditions and circumstances by the State. The investor is entitled to rely on the stability and transparency of the legal framework. However, the obligation of the State does not dispense the obligation of the investor to evaluate the circumstances. Reliance has at its prerequisite diligent inquiry and information.” *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015, párr. 634.



## 4.2. Expectativas legítimas

Las expectativas legítimas, por definición, requieren una promesa de la administración en la cual los demandantes se basan para afirmar un derecho que debe ser observado.<sup>57</sup>

El objetivo de proteger las expectativas legítimas es permitir al inversor extranjero tomar decisiones empresariales racionales basadas en las declaraciones hechas por el Estado anfitrión. La promesa puede ser implícita, y abarca la obligación de actuar de manera consistente, diligente, equitativa y transparente. No obstante, la promesa debe ser real e identificable bajo las circunstancias de cada caso para que la esperanza subjetiva creada pueda ser transformada en expectativas objetivas.

Las expectativas legítimas del inversor se basan en el marco jurídico del Estado anfitrión y en cualquier compromiso y representación expresada explícita o implícitamente por el Estado anfitrión de la inversión. El marco jurídico en el que el inversor debe basarse consiste en la legislación y los tratados, las garantías contenidas en los decretos, licencias y declaraciones ejecutivas similares, así como los compromisos contractuales. Las garantías específicas desempeñan un papel central en la creación de expectativas legítimas. Las promesas y las garantías realizadas de manera explícita o implícitamente por el Estado de acogida constituyen la base más sólida de las expectativas legítimas, es por ello por lo que una revocación de garantías por parte del Estado anfitrión que han dado lugar a expectativas legítimas dará lugar a una violación del trato justo y equitativo.

En el caso *Anatolie Stati y otros v. Kazajistán*, las Partes parecen estar de acuerdo con respecto a la definición abstracta de lo que es y trata de proteger el trato justo y equitativo. En particular, en que el Estado de acogida debe actuar de forma compatible con las expectativas legítimas de los inversores.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015, párr. 731; en relación al caso *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/02/5) párr. 241.

<sup>58</sup> “To a large extent, the Parties seem to be in agreement regarding the abstract definition of what fair and equitable treatment (FET) is and intends to protect. In particular, they agree that the host state has to act in a manner that is consistent with the legitimate expectations of investors.” *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. Terra Raf Trans Trading LTD. v. Republic of Kazakhstan* (SCC Arbitration V. 116/2010) de 19 de diciembre de 2013, párr. 941.

De acuerdo a la Jurisprudencia, un inversor extranjero tiene que tomar sus decisiones comerciales y moldear sus expectativas sobre la base de la ley y la situación de hecho que prevalece en el país tal y como está en el momento de la inversión. El régimen jurídico en vigor será el existente en el momento de la inversión, a la hora de valorar el trato del Estado en relación con la inversión, que será evaluado por un tribunal de inversiones para decidir si se violó un tratado de protección de inversiones.<sup>59</sup>

En cuanto al momento en el que se deben tener en cuenta las expectativas legítimas, en términos generales. Se sostiene, que las expectativas legítimas sólo pueden surgir en el momento en que se realiza la inversión. Los inversores basan sus planes en las circunstancias y condiciones en que los encuentran, y sólo pueden confiar en las condiciones que existen en ese período. Estos son los factores que pueden legítimamente ser tenidos en cuenta cuando se tiene en cuenta el entorno de las decisiones de inversión. Los acontecimientos posteriores son especulativos y quedan fuera de esta consideración, esto se extiende tanto a mejoras en el entorno legal y regulatorio como a deterioros impredecibles en el mismo,<sup>60</sup> si bien, el Tribunal en el caso *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs v. Georgia* se pronuncia en sentido contrario, y entiende que se pueden producir expectativas legítimas incluso con posterioridad a la realización de la inversión.<sup>61</sup> Sin embargo, otros tribunales arbitrales sostienen que las expectativas legítimas sólo pueden crearse en el momento de la inversión. Estas expectativas del inversor deben ser legítimas y razonables en el momento en que el inversor realiza la inversión.<sup>62</sup>

El Tribunal, en el caso *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Albania*, ha reflexionado sobre los diferentes argumentos que podrían utilizarse para señalar el momento preciso del surgimiento de las expectativas. Cree en general que tiene que tener en cuenta el objetivo de la norma. La norma se ha desarrollado para proteger al inversor contra medidas políticas impredecibles, injustas e irrazonables. En principio, ello reconoce de manera implícita el interés legítimo de un Estado y el derecho a cambiar las

---

<sup>59</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015, párr. 79 y ss.

<sup>60</sup> Ibidem párr. 695 “In broad terms, the tribunal holds that legitimate expectations can only arise at the time the investment is made. Investors base their plans on circumstances and conditions as they find them, and they can only rely on conditions as they exist at that period. These factors can legitimately be taken into account when weighing the environment of the investment decisions. Subsequent developments are speculative and to be left out of this consideration. This extends as much to improvements in the legal and regulatory environment as to unpredictable deteriorations in the same.”

<sup>61</sup> *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia* (ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15) de 3 de marzo de 2010, párr. 441.

<sup>62</sup> Ibidem Párr. 696 y ss.

condiciones razonablemente con fines de política pública. Ambos aspectos tienen que estar equilibrados con el fin de establecer el punto adecuado en el tiempo.<sup>63</sup>

Si bien es complicado establecer un momento exacto, esta reflexión ayuda en una primera etapa a eliminar ciertos períodos. Evidentemente, cargaría desproporcionadamente contra el Estado anfitrión proteger las expectativas que el potencial inversor podría tener durante las primeras sesiones de lluvia de ideas y las primeras visitas sin un plan preciso. Incluso cuando se establezca un plan preciso, todavía no sería razonable proteger las expectativas relacionadas con el plan si el país anfitrión todavía no ha tomado nota del plan y lo ha aprobado. La razón es que durante este período el inversor potencial conserva su libertad y flexibilidad y es capaz de reaccionar a los cambios de política sin pérdidas materiales, mientras que el potencial país anfitrión aún no ha expresado ningún compromiso.<sup>64</sup>

Se puede argumentar que una vez que ambas partes lleguen a un acuerdo sobre la futura inversión, las expectativas se definen, se crean y el Estado está obligado a respetarlas, este es ciertamente el caso cuando el Estado ha hecho declaraciones sobre la estabilidad de condiciones específicas<sup>65</sup>. Al sopesar los intereses de ambas partes, parece obvio que el potencial inversor aún conserva un grado considerable de flexibilidad y puede desistir sin costes o con costes limitados, mientras se pide al Estado que proteja una inversión que aún no se ha materializado.

No obstante, la situación cambia drásticamente cuando se realiza la inversión, en ese momento, el inversor pierde su flexibilidad y depende de la conducta constante del Estado anfitrión, mientras que el Estado está limitado en su capacidad de ejercer su poder soberano. Es en este momento, cuando se pueden ver frustradas las expectativas legítimas

---

<sup>63</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015, párr. 703.

<sup>64</sup> “While it remains difficult to arrive at an exact measurement, this reflection helps in a first stage to eliminate certain periods. It would evidently burden the potential host State disproportionately to protect expectations that the potential investor might have during first brainstorming activities and early field visits, such as Claimant’s, with no precise plan in mind. Even when a precise plan is established, it would still not be reasonable to protect expectations related to the plan if the potential host State has not taken note of the plan and approved it. The reason is that during this period the potential investor retains its freedom and flexibility and is able to react to policy changes without material losses, while the potential host State has not yet expressed any commitment.” *Ibidem*, párr. 704.

<sup>65</sup> Resulta menos evidente cuando no existen tales representaciones, como es el caso en *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania*.

del inversor, pues el Estado se desvía de forma irrazonable de su conducta anterior y cambia las condiciones en que el inversor tenía derecho a confiar.

Por lo tanto, el Tribunal considera difícil fijar un punto preciso dentro de un largo proceso de adopción de decisiones y aplicación, por el contrario, el carácter evolutivo y gradual del proceso debe tenerse en cuenta con el objetivo de equilibrar los intereses de ambas partes, esto conduce a la necesidad de una apreciación concreta de estos intereses al juzgar las medidas del Estado anfitrión. La flexibilidad del inversor se reduce cuanto más compromete los fondos para su ejecución y la pérdida gradual de su flexibilidad aumenta la expectativa legítima de estabilidad y protección, mientras que el Estado, aunque conserva su derecho y su deber de perseguir objetivos de política pública, está obligado a perseguir los objetivos de manera coherente, y previsible.

Por lo tanto, el Tribunal debe equilibrar las expectativas del inversor y el derecho del Estado a reglamentar en el interés público. Generalmente se acepta que debe haber más en el lado del Demandante que la esperanza subjetiva de que nada cambiará para peor. El Tribunal está de acuerdo con la determinación en PSEG Global de que "las expectativas legítimas, por definición, exigen una promesa de la administración en la cual los Demandantes se basan para afirmar un derecho que debe ser observado".<sup>66</sup>

En el caso *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs v. Georgia*, el Tribunal estableció que Georgia creó una expectativa legítima a través del establecimiento de varias comisiones y una afirmación de que compensaría al inversor por la pérdida de su inversión.

El inversor tenía todas las razones para creer que estos pactos estaban de acuerdo con la ley georgiana, no sólo porque fueron suscritos por entidades estatales georgianas, sino también porque su contenido fue aprobado por funcionarios gubernamentales georgianos sin objeción sobre su legalidad durante muchos años a partir de entonces, por lo tanto, el inversor tenía una expectativa legítima de que su inversión en Georgia estuviera de acuerdo con las leyes locales pertinentes.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015, párr. 704-708.

<sup>67</sup> "Claimant had every reason to believe that these agreements were in accordance with Georgian law, not only because they were entered into by Georgian State-owned entities, but also because their content was approved by Georgian government officials without objection as to their legality on the part of Georgia for many years thereafter. Claimant therefore had a legitimate expectation that his investment in Georgia was

En este caso, el Tribunal observó que, en los años posteriores a la concesión de la inversión, Georgia no se impuso en ningún momento ni alegó que estos acuerdos eran ilegales en virtud de la legislación georgiana. A la luz de todas las circunstancias anteriores, el Tribunal valoró que el Estado había creado una expectativa legítima para el inversor de que su inversión se realizó, de hecho, de conformidad con la legislación georgiana y, que, en caso de incumplimiento, tendría derecho a la protección que se establece en los tratados.

Cabe mencionar además que el hecho de que las garantías específicas de indemnización se dieran con posterioridad a la realización de la inversión, cuyas garantías dieron lugar a una expectativa concreta de indemnización, no impide al inversor mantener durante toda la duración de su inversión la confianza legítima de que el Estado se comportara con respecto a su inversión de una manera razonablemente justificable y no violará manifiestamente los requisitos básicos de consistencia, transparencia, imparcialidad y no discriminación, esto incluye, en opinión del Tribunal, la implementación de un proceso de compensación después de la expropiación de los derechos de los inversores que es tanto procesal como sustantivamente justa.<sup>68</sup>

#### **4.3. Prohibición de la denegación de justicia**

La denegación de justicia se entiende como la responsabilidad del Estado por el funcionamiento defectuoso de la justicia. Los tribunales consideran la denegación de justicia es un elemento del principio de trato justo y equitativo conforme a la segunda frase

---

in accordance with relevant local laws.” *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia* (ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15) de 3 de marzo de 2010, párr. 193.

<sup>68</sup> “The fact that it was after the investment was made that specific assurances of compensation were given, which assurances gave rise to a specific expectation of compensation, does not preclude Mr. Fuchs from holding throughout the term of his investment the legitimate expectation that Georgia would conduct itself vis-à-vis his investment in a manner that was reasonably justifiable and did not manifestly violate basic requirements of consistency, transparency, even-handedness and nondiscrimination. This includes, in the view of the tribunal, implementing a compensation process following the expropriation of GTI’s rights that is both procedurally and substantively fair”. *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia* (ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15) de 3 de marzo de 2010, párr. 441.

del párrafo primero del artículo diez del TCE,<sup>69</sup> en otras palabras, un trato justo implica que no hay denegación de justicia.<sup>70</sup>

El tribunal entiende la denegación de justicia como una manifestación del incumplimiento de la obligación de un Estado de proporcionar un trato justo y equitativo y el nivel mínimo de trato requerido por el DI. La denegación de justicia se relaciona con la Administración de Justicia. El concepto incluye tanto fracaso judicial como errores legislativos relacionados con la Administración de Justicia, como, por ejemplo, denegar el acceso a los tribunales.<sup>71</sup>

Existe denegación de justicia en caso de denegación, retraso injustificado u obstrucción del acceso a los tribunales, deficiencia grave en la administración de los procesos judiciales o correctivos, ausencia en la prestación de las garantías que generalmente se consideran indispensables para la correcta administración de la justicia o un fallo manifiestamente injusto, por lo que un error de un órgano jurisdiccional nacional que no produce una injusticia manifiesta no puede considerarse una denegación de justicia<sup>72</sup>

Así lo afirma el tribunal en el caso *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV v. Kazajistán*, donde el tribunal considera un mérito el argumento de los inversores acerca de que los dos estándares (el trato justo y equitativo y la denegación de justicia) no son sinónimos en lo que respecta a los tribunales, ya que esto establecería una distinción entre los actos de los tribunales y los actos de otras entidades del Estado para los que no se proporciona apoyo por parte del TCE, pero, por otra parte, habrá que tener en cuenta

---

<sup>69</sup> Donde se establece que “De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio.”

<sup>70</sup> *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/07/14) de 22 de junio de 2010, párr. 268.

<sup>71</sup> “The Claimant in the present arbitration also alleges a denial of justice. Denial of justice is a concept of state responsibility afflicted by imprecision. It is a manifestation of a breach of the obligation of a State to provide fair and equitable treatment and the minimum standard of treatment required by international law. Denial of justice relates to the administration of justice, and some understandings of the concept include both judicial failure and also legislative failures relating to the administration of justice (for example, denying access to the courts).” *Limited Liability Company Amto v. Ukraine* (SCC Case No. 080/2005) de 26 de marzo de 2008, §75.

<sup>72</sup> “Denial of justice exists where there is a denial, unwarranted delay or obstruction of access to courts, gross deficiency in the administration of judicial or remedial process, failure to provide those guarantees which are generally considered indispensable to the proper administration of justice or a manifestly unjust judgment. An error of national court which does not produce manifest injustice is not a denial of justice.” Lawal Oluwaseun, S., *op cit*, pp. 233 y ss.

las diferentes funciones que desempeñan los órganos administrativos y los órganos judiciales de un Estado, así como las diferencias en su discrecionalidad en la aplicación de la ley y en los recursos disponibles contra sus decisiones.<sup>73</sup>

Para decidir el citado caso en cuestión, el tribunal se basó en la afirmación de que un acto judicial viola ambas- El trato justo y equitativo y la denegación de justicia- sólo en aquellas ocasiones en que el acto alcance el umbral alto, es decir, si el comportamiento es arbitrario, manifiestamente injusto o idiosincrásico, es discriminatorio y expone el demandante a los prejuicios seccionales o raciales, o implica una falta de debido proceso que conduce a un resultado que ofende la propiedad judicial, como podría ser el caso de una falta manifiesta de justicia natural en los procedimientos judiciales o una total falta de transparencia y sinceridad en una administración proceso.

Es por ello por lo que, el tribunal, en este caso en concreto, considera que una aplicación errónea de disposiciones nacionales de procedimiento o de Derecho sustantivo podría, en determinadas circunstancias, ser un indicio de falta de debido proceso, sin embargo, el tribunal subraya, y las Partes están de acuerdo, que de ninguna manera esto sería suficiente para establecer una infracción del artículo 10.1 del TCE cometida por un acto judicial.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/07/14) de 22 de junio de 2010, párr. 268. “Taking into account the above contentions of the Parties, the Tribunal considers that the international delict of denial of justice is an example of the standard of fair and equitable treatment under Article 10(1), second sentence, of the ECT. In other words, fair treatment implies that there is no denial of justice. The Tribunal does see merit in Claimants’ argument that the two standards are not synonymous with regard to acts of courts because this would introduce a distinction between acts of courts and acts of other State entities for which no support is provided by the ECT. But, on the other hand, one will have to take into account the different functions held by administrative organs and judicial organs of a state and the resulting differences in their discretion when applying the law and in the appeals available against their decisions.”

<sup>74</sup> *Ibidem*. Párr. 285 “Taking into account the above contentions of the Parties, the Tribunal reiterates that there is no need to take any general position on the relationship between the standard of fair and equitable treatment and denial of justice. To decide the case at hand, it is sufficient to state that a judicial act breaches both or either of those standards only if the act attains the high threshold which is described in Waste Management, Final Award (Ex CA-15) párr 98:

“Taken together, the *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* and *Loewen* cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process.”

The Tribunal views that a misapplication of domestic procedural or substantive law provision might under certain circumstances be an indication of lack of due process. However, the Tribunal emphasizes, and the Parties agree, that by no means would this be sufficient to establish a breach of Article 10(1) ECT committed by a judicial act.”

Con respecto a la norma aplicable para establecer un caso de denegación de justicia en virtud del Artículo 10 (1), debe tenerse en cuenta, por un lado, que los tribunales internacionales no son tribunales de apelación, y, por otro lado, que los tratados de inversión están destinados a proporcionar una protección real. En definitiva, la cuestión es si, a nivel internacional y teniendo en cuenta las normas generalmente aceptadas de la Administración de Justicia, un tribunal puede concluir a la luz de todos los hechos disponibles que la decisión impugnada era claramente improcedente y desacreditada con el resultado, y que, por tanto, la inversión ha sido objeto de un trato injusto e inequitativo. Este es, sin duda, un estándar algo abierto, pero puede ser que en la práctica no se pueda ofrecer una fórmula más precisa para cubrir el abanico de posibilidades.<sup>75</sup>

El trato de un inversor por los tribunales nacionales debe examinarse en su totalidad para determinar si ha habido o no una denegación de justicia, en consecuencia, un inversor puede alegar, que su trato en diversos procedimientos cumple acumulativamente el criterio de denegación de justicia. Al considerar el trato del inversor en su totalidad el tribunal debe considerar los procedimientos iniciados o disponibles en favor del inversor.<sup>76</sup>

En el caso *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Albania*, el tribunal sostuvo que mientras no se probase que el Sistema Judicial en su conjunto vulnerase la norma justa y equitativa, no se violaría la prohibición de denegación de justicia. Cabe destacar que el Estado no es responsable de las faltas cometidas por un juez individual, siempre y cuando proporcione mecanismos fácilmente accesibles que sean capaces de neutralizar a dicho juez. Una demanda de denegación de justicia no debe confundirse con un recurso contra las decisiones de los tribunales Nacionales.<sup>77</sup>

En este sentido, el criterio de denegación de justicia en el DI no protege contra posibles decisiones erróneas de un tribunal, sino contra la incapacidad del Sistema Judicial de todo el Estado anfitrión en su función de proporcionar al inversor extranjero un Trato Justo y Equitativo.

---

<sup>75</sup> *Limited Liability Company Amto v. Ukraine* (SCC Case No. 080/2005) §76.

<sup>76</sup> *Ibidem*, §78. En el presente caso, la participación del inversor en los tribunales ucranianos se inició con once casos relativos a falta de pago contractual por parte de Ucrania. Aunque finalmente no quedó demostrada esta denegación de justicia.

<sup>77</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015, párr. 764.



En los supuestos en que el inversor que obtenga una inversión en el Estado de acogida actúe de mala fe o viole las leyes del Estado de acogida, será incluido en el ámbito de aplicación del TCE a través de actos ilícitos. Este inversor no debería beneficiarse del Tratado, pues si bien el Tratado está destinado a proteger a los inversores extranjeros, está previsto para actos de buena fe.<sup>78</sup> En el supuesto de que el inversor no ejerza sus derechos dentro de un ordenamiento jurídico, o ejerza sus derechos de manera imprudente, no se traspasará su responsabilidad por el resultado a la Administración de Justicia y de allí al Estado anfitrión en el DI.<sup>79</sup>

En el caso *State Enterprise ‘Energorynok’ (Ucrania) v. Moldavia*, el tribunal concluyó que se produjo una violación del trato justo y equitativo, implicando una denegación de justicia. Moldavia adoptó un Decreto sin tener en consideración los intereses legítimos de la empresa. El Decreto estaba destinado a proteger los intereses nacionales del Estado demandado. El tribunal consideró que la adopción del Decreto constituía una violación de la obligación del Demandante prevista en el artículo 10 (1) del TCE de “condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes” para la inversión de la empresa. En particular, el tribunal apreció que, teniendo en cuenta el papel cuasi judicial de la Sala de Cuentas moldava, el Decreto constituía una denegación de justicia, tanto desde el punto de vista de los aspectos procesales, como del contenido del mismo. Al respecto, el Tribunal observó que la empresa ucraniana intentó impugnar el Decreto de la Sala de Auditoría en los tribunales moldavos, incluso en la Corte Suprema, pero sin éxito.<sup>80</sup>

Las acciones de la Federación de Rusia también constituyeron una denegación de justicia en violación en relación al trato justo y equitativo del artículo 10.1 TCE, como lo demuestran, entre otras cosas, la supresión de los jueces que se negaron a resolver en

---

<sup>78</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 227) de 18 de julio de 2014, párr. 1352.

<sup>79</sup> “In the context of the present arbitration, the Tribunal would add that the experience of an investor in domestic courts may involve a series of decisions, and these decisions should be considered in their entirety. Further, the available means within the host State's legal system to address errors or injustices, and whether or not they were exercised, are relevant to the assessment of the propriety of the outcome. The investor that fails to exercise his rights within a legal system, or exercises its rights unwisely, cannot pass his own responsibility for the outcome to the administration of justice, and from there to the host State in international law.” *Limited Liability Company Amto v. Ukraine* (SCC Case No. 080/2005) de 26 de marzo de 2008, p. 47.

<sup>80</sup> *State Enterprise ‘Energorynok’ (ukraine) v. The Republic of Moldova* (SCC Arbitration V 2012/175) de 23 de octubre de 2013.

favor del Estado ruso y la falta de independencia e imparcialidad de los jueces que examinaron el caso *Yukos*<sup>81</sup>

Cabe realizar mención al apartado doce del artículo 10, del TCE,<sup>82</sup> en el cual se establece la existencia de una obligación específica de garantizar que la legislación nacional ofrezca un medio eficaz para formular reclamaciones y hacer respetar los derechos, por lo tanto, los errores legislativos que afectan a la Administración de Justicia en los casos del TCE deben regirse con arreglo a esta norma expresa,<sup>83</sup> de modo que, no se deberá alegar una vulneración a la prohibición de denegación de justicia, sino una vulneración al mencionado artículo.

---

<sup>81</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 227) de 18 de julio de 2014, párr. 63.

<sup>82</sup> El cual expone lo siguiente: “Las Partes Contratantes se asegurarán de que su derecho nacional proporciona medios eficaces para la tramitación de demandas y el ejercicio de derechos en relación con inversiones, acuerdos de inversión y autorizaciones de inversión.” Tratado sobre la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994, Art. 10 Ap. 12.

<sup>83</sup> *Limited Liability Company Amto v. Ukraine* (SCC Case No. 080/2005) de 26 de marzo de 2008, §75.

## 5. CONCLUSIONES

**Primera.** El Tratado sobre la Carta de la Energía es un acuerdo de cooperación en materia energética entre Estados europeos y asiáticos, cuyo principal objetivo es la promoción y protección de inversiones extranjeras, se trata de una serie de medidas encargadas de proteger y atraer inversores extranjeros, mediante el fomento de flujos internacionales. El TCE da cierta libertad a los Estados para que establezcan hasta qué punto limitan las inversiones a extranjeros.

**Segunda.** El trato justo y equitativo es un concepto afectado por la imprecisión, tanto en el TCE como en los APPRI. Se entiende que la vaguedad del concepto es intencional. Doctrinalmente existen dos enfoques con respecto al concepto, uno tradicional que entiende que el trato justo y equitativo va implícito en el estándar mínimo internacional y un segundo enfoque, más moderno que lo entiende como un estándar independiente que va más allá del estándar de trato mínimo internacional, y, por lo tanto, ofrece una mayor protección. El trato justo y equitativo no se establece de forma unilateral por una de las partes, sino que se crea como un vínculo de confianza mutua entre las partes, mediante leyes y acuerdos.

**Tercera.** De acuerdo a la opinión mayoritaria de los tribunales de arbitraje, con el trato justo y equitativo las partes asumen una obligación de respeto por los derechos más allá de la norma mínima de trato en el DI. El trato justo y equitativo, por tanto, se rige por la provisión de un marco legal estable y transparente, el cumplimiento de las expectativas legítimas del inversor y prohibición de la denegación de justicia. Unos parámetros, muy amplios, los cuales requieren de un elevado umbral de vulneración para constituir una vulneración del trato justo y equitativo.

**Cuarta.** La provisión de un marco legal estable y transparente de conformidad con el TCE, implica una estabilidad en el sistema legal del Estado de acogida, la predictibilidad por parte del inversor en sus leyes y regulaciones, dando lugar a las oportunas reformas y una coherencia en la toma de decisiones administrativas con respecto al inversor. A la hora de evaluar este estándar, se debe tener en cuenta las circunstancias del Estado de acogida, de manera que, el inversor debe haber investigado previamente la situación legal, social y económica del Estado en concreto.

**Quinta.** Las expectativas legítimas en virtud del TCE deben implicar una promesa justificada y razonable por parte del Estado de acogida. Su frustración surge con un cambio de circunstancias por parte del Estado anfitrión que afecta de manera gravosa a los intereses del inversor, además, cabe que las expectativas del inversor se basen en actuaciones de autoridades gubernamentales. El Estado tiene el deber de actuar conforme a las expectativas del inversor, si bien, la tendencia de los tribunales es a afirmar que el único momento en que pueden crearse estas expectativas es en el momento de realizar la inversión, y no con anterioridad, pues, es cuando el inversor ha perdido la flexibilidad de echarse atrás con la inversión, y cuando surge el deber por parte del Estado de proteger estas expectativas. Existen opiniones divergentes acerca de la posibilidad de crearse con posterioridad a la ejecución de la inversión.

**Sexta.** La denegación de justicia a la luz del TCE se entiende como el funcionamiento defectuoso de la Administración de Justicia del Estado anfitrión. Se trata de un estándar abierto a divergentes interpretaciones por parte de los tribunales. Para que pueda ser considerada como una vulneración del trato justo y equitativo y del DI, esta denegación debe ser manifiesta, es decir, no basta considerar denegación de justicia un recurso contra un tribunal, sino que requiere de un umbral mayor, alcanzando una incapacidad en el sistema judicial del Estado de acogida. Caben asimismo los procedimientos acumulativos, de manera que se puedan analizar diversos casos de un mismo inversor contra un Estado y su conjunto podrá constituir una denegación de justicia.

**Séptima.** El arbitraje en la actualidad se enfrenta a unos obstáculos en cuanto a su estructura. Nos encontramos ante una estructura privada, con un sistema *ad hoc* que más allá de favorecer la resolución de los casos, dificulta la cohesión y la seguridad jurídica en el sentido en que su escasa publicidad, en muchas ocasiones únicamente de resúmenes de laudos, obstaculiza el establecimiento de unos precedentes con fuerza, es por ello que, bajo mi punto de vista, el progreso en el arbitraje se vería favorecido si se reformase su estructura tomando como ejemplo el AECG, de manera que pasase a tener una estructura pública, favoreciendo la publicidad de las decisiones y documentos presentados durante la tramitación de los casos, además, de dotar al sistema con jueces permanentes, es decir, crear una Corte Internacional de Inversión.

**Octava.** La jurisprudencia arbitral es abierta, problemática, poco homogénea y en tensión. Nos encontramos ante una paradoja, pues los Estados requieren uniformidad, pero, por otro lado, en muchas ocasiones no permiten la publicidad de la información correspondiente al caso. Los tribunales, a la hora de resolver sobre asuntos relativos al TCE hacen mención a precedentes de otros tribunales como por ejemplo el TLCAN, que no regula asuntos relativos al TCE, por lo que en este sentido, a la luz de la práctica estudiada, no puede identificarse el hecho de que el TCE sea un tratado especial y autónomo al regular el trato justo y equitativo, pues de acuerdo a lo estudiado, no se aparta de las decisiones de otros tribunales, ni crea nuevos criterios, sin perjuicio de que con un estudio más amplio de la misma hubiera podido llegar a una conclusión distinta.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### MANUALES

ANDRÉS SÁEZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*. Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2011.

D'ASPREMONT, J., *Formalism and the Sources of International Law, A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Ed. Oxford, New York, 2011.

DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Ed. Tecnos, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., *Curso de Derecho Internacional Público*. Ed Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

JIMÉNEZ PIERNAS, C., *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*. Ed. Tecnos. Madrid, 2011.

LOWE, V., *International Law*. Ed Oxford University Press, New York, 2009.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Ed. Tecnos, Madrid, 2016.

REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional, curso general*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

### REVISTAS

AGUILAR DOMÍNGUEZ, ALEXIS., “La vaguedad del trato justo y equitativo: debió, debe y deberá ser intencionada”. *Revista Letras Jurídicas*, n°. 22, primavera 2016.

DE LOS SANTOS, CARLOS., “Arbitraje internacional bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía: La vía del inversor extranjero” *Cuadernos de la energía*, enero 2011.

JADEAU, F. AND GÉLINAS, F., “CETA’s definition of fair and equitable treatment standard: toward a guided and constrained interpretation”. *Transnational Dispute Management*, vol. 13, issue 1, March 2016.

KLEIN BRONFMAN, M., “Fair and equitable treatment: an evolving standard.” *Estudios internacionales*, vol. 38, nº 150, julio 2005.

LAVORSKYIS, M., “Uniqueness of the Energy Charter Treaty’s Investment Regime, main features and cases”. *LAP Lambert Academic Publishing*, Saarbrücken, 2012.

LAWAL OLUWASEUN, SADIQ., “Variability off air and equitable treatment standard according to the level of development, governance capacity and resources of host countries”. *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 9, nº. 4, 2014.

PASTOR PALOMAR, ANTONIO., “Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los APPRIS celebrados por España”. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006.

SCHREUER, CHRISTOPH., “Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral” *Revista Internacional de arbitraje*, nº. 5, jul.-dic, 2006.

## **7. ANEXO JURISPRUDENCIAL, LEGISLATIVO, NORMATIVA INTERNACIONAL**

### **TRATADOS INTERNACIONALES**

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969/CVDT (BOE, 13 de junio de 1980)

Tratado sobre la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994

Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, Estrasburgo, 5/7/2016 COM (2016) 470 final.

### **RESOLUCIONES ARBITRALES**

- Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/11/24) de 20 de marzo de 2015.

- Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia (ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15) de 3 de marzo de 2010.
- Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. Terra Raf Trans Traiding LTD. v. Republic of Kazakhstan (SCC Arbitration V. 116/2010) de 19 de diciembre de 2013.
- Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/07/14) de 22 de junio de 2010.
- Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic (SCC Arbitration No. 126/2003) de 29 de marzo de 2005.
- Energoalians TOB v. Republic of Moldova (UNCITRAL) de 23 de octubre de 2013.
- Khan Resources Inc. Khan Resources B.V. CAUC Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia (PCA Case No. 20/09) de 3 de marzo de 2015.
- Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 226) de 18 de julio de 2014.
- Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227) de 18 de julio de 2014.
- Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 228) de 18 de julio de 2014.
- Alapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/08/13) de 16 de julio de 2012.
- Limited Liability Company Amto v. Ukraine (SCC Case No. 080/2005) de 26 de marzo de 2008.